

DO DANO MORAL

FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA

Juiz do TRT/ 2º Região

1. DO DANO: VISÃO HISTÓRICA

É possível que a primeira visão histórica sobre a reparação do dano tenha sido inspirada na Mesopotâmia (1792 a 1750 a. C.) pelo rei da Babilônia, Hamurabi. A preocupação era a de conferir uma reparação igual ou equivalente ao dano causado. Daí o *olho por olho, dente por dente*. Como espécie de evolução, surge o Código de Manu que abdicou da ofensa como ressarcimento e possibilitou a indenização da vítima através de uma soma em dinheiro. O Direito Romano também previa a indenização à vítima através de uma soma em dinheiro. O Direito Romano também previa o ressarcimento por dano desde a Lei das XII Tábuas (452 a. C.) até a era Justiniana (528/ 534 a.C.), através das Institutas, o Codex Justinianus e o Digesto ou Pandectas. A concepção, todavia, era apenas no campo material. A dor moral, as angústias da alma e do espírito nunca foram razão de preocupação na antigüidade em termos ressarcitórios. E essa concepção veio até aos nossos dias quando o ressarcimentos da dor sofrida por pecúnia era considerado imoral e aviltante.

2. DO CONCEITO DE DANO

É todo prejuízo causado a outrem por culpa ou dolo. O dano é o resultado de uma lesão que poderá situar-se em âmbito material ou em âmbito moral. Ensina Cretella Júnior (in Tratado, vol. VIII, Forense, 1970, p. 108) que é “um desequilíbrio sofrido pelo sujeito de direito, pessoa física ou jurídica, atingida no patrimônio ou na moral, em consequência da violação da norma jurídico por fato ou ato alheio.

3. DO DANO MORAL

Durante muito tempo persistiu o entendimento de que o chamado dano puramente moral não poderia ser indenizado uma vez que não poderia ser avaliado em pecúnia. Afirmava Minozzi (apud. Aguiar Dais, Da Resp. Civil, Forense, V.II/775) que “a duração da sensação dolosa só pode ter influência na avaliação e nunca no reconhecimento da existência de dano. “O Tribunal de Apelação do Distrito Federal (Rec. de ver. nº 551, rf nº 542/473) sequer o admita. A doutrina, todavia, vinha solapando o entendimento dos tribunais sob o argumento de que *não é o dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado* (Minozzi). Essa também a conclusão de Mazeaud, cf. José Pedro Aramendia, in RF nº 512/252).

4. DO CONCEITO DE DANO MORAL

Dano moral é aquele que atinge bens incorpóreos como a alta estima, a honra, a privacidade, a imagem, o nome, a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, a sensação de dor, de angústia, de perda. O dano moral firma residência em sede psíquica e sensorial. Para Aguiar Dias (ob. cit. p. 780, v.2.) *são as dores físicas e morais que o homem*

experimenta em face da lesão, com suporte em Von Tuhr, *Obligaciones*, trad. esp. de W. Roces, Madri, 1934, t. 1º, p.59).

5. DE ÂMBITO DO DANO MORAL

Há que distinguir dano patrimonial de origem moral (v.g. abalo do crédito de uma empresa) e o dano puramente moral ou afetivo (v.g. a morte de filho de alguns meses por culpa de outrem). Temos na doutrina (Aguiar Dias) que *freqüentemente se confunde o dano moral com certos danos patrimoniais de origem moral ou afetiva*. Ora, o dano, já o dissemos, é um, e não discrimina em patrimonial e extrapatrimonial em atenção à origem, mas aos efeitos. De forma que esses pretendidos danos morais são apenas danos materiais. E com suporte em Von Tuhr, arremata que *o dano moral é a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão*. Para Cretella Júnior (ob. cit. p. 111) “a expressão dano moral não é unívoca, mas equívoca, empregando-se ora na acepção de prejuízo imaterial, não capitável pelos sentidos (dano à marca comercial, acarretando perda de clientela), não capitável fisicamente, mas trazendo conseqüências patrimoniais, ora na acepção de prejuízo misto, em parte patrimonial e em parte extrapatrimonial, como a mutilação que se segue a um acidente, trazendo diminuição da aptidão para o trabalho, ao mesmo tempo que sofrimento, à diminuição da aptidão para o trabalho, ao mesmo tempo que sofrimento, à primeira vista, puramente espiritual (cf. Vedel, *Droit administratif*, apud Cretella Júnior, ob. cit.). Os irmãos Mazeud (*Traté Theorique et Pratique de la Responsabilité Civile, Delictuelle et Constructuelle*, 4º. Ed. tomo I – Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1947, pág. 318, apud. Tereza Ancona Lopes de Magalhães, (*O dano estético*, Ed. RT. 1980, p.8), dividem o conteúdo do dano moral, de um lado considerando aqueles que atingem “a parte social do patrimônio moral” como os que lesam o indivíduo na sua honra, reputação, consideração; de outro lado, salientando os danos que atingem “à parte afetiva do patrimônio moral”, que prejudicam o indivíduo nas suas afeições; trata-se, por exemplo, da dor provocada pela morte de uma pessoa que nos é

cara.” Tem-se, por outro lado, que o dano moral poderá ser concebido de várias formas. As principais, indicados pela doutrina, conforme demonstra Tereza Ancona Lopes de Magalhães, são os que trazem prejuízo : à integridade física, como o dano estético, ao direito moral do autor, ao direito de uma pessoa ao nome, às convicções de alguém, às pessoas que a vítima do dano tem afeto, como por exemplo a morte de um filho à integridade da inteligência, à segurança e tranquilidade, à hora, ao cônjuge por aquele que ocasionou o divórcio, à liberdade, aos à honra, ao cônjuge por aquele que ocasionou o divórcio, à liberdade, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, ao crédito, etc. A verdade é que existe um entrelaçamento entre o moral e o material, v.g. uma ofensa moral pode determinar gravíssimos prejuízos econômicos (atos contra a honra de alguém), da mesma forma que causas materiais podem dar origem a danos morais puros (perda de um animal de estimação).

6. DA RESISTÊNCIA DE AVALIAÇÃO EM PECÚNIA DO DANO MORAL

Existem três vertentes: uma primeira corrente que nega toda e qualquer reparação de dano moral. Segundo Zulmira Pires de Lima (“Responsabilidade Civil por Danos Morais”, RF. 83/218), os fundamentos da irreparabilidade para a corrente negativista seriam: a) falta de efeito penoso durável; b) a incerteza, nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; c) a dificuldade de descobrir a existência do dano; d) a indeterminação do número de pessoas lesadas; e) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; f) a imoralidade de compensar uma dor com dinheiro; g) o ilimitado poder que se é obrigado a conferir ao juiz. Entretanto, verifica-se de imediato que os argumentos não resistem a uma análise mais acurada em que pese ter o respaldo de autores de peso intelectual. As dificuldades que poderão existir em cada caso concreto sobre a existência de dano, da durabilidade de efeito danoso, de levantamento pecuniário por ausência de parâmetro objetivo ou dos poderes que terá o juiz para decidir a lide não se traduzem em fatores alijadores do direito. A

regra da dificuldade não foi eleita pelo legislador como fator de neutralização de direitos. Não vemos também qualquer imoralidade em determinar a indenização, quando o ato apenas provocou dor, mesmo porque não se substitui a dor por pecúnia, já que isso seria impossível. A indenização pecuniária nesse caso se traduz em fator inibitório, uma vez que a “imoralidade” estaria em não punir aquele que praticou o ato doloroso que estaria incentivado a cometer outros desatinos, causando sensação dolorosa a outrem com a certeza da impunidade. A segunda corrente, mais próxima da realidade, propugna pela reparação sempre que tais fatos ocorrerem, operando a indenização como fato inibidor. Poder-se-ia, indicar na terceira corrente que concebe a indenização, mas somente naqueles casos em que houvesse reflexos patrimoniais sobre o ato ou fato que conduzissem ao dano moral. Entretanto, em havendo reflexo patrimonial apurável objetivamente (v.g. dano à marca comercial, acarretando a perda de clientela), o dano é material e não moral.

7. DA VERTENTE VENCEDORA

A corrente vencedora veio superando obstáculos, dilapidando conceitos de uma cultura preconceituosa e de certa forma estrábica, posto que dirigia o foco luminoso para determinado aspecto que era o da morabilidade. Lafayette Rodrigues (Direito das Coisas, 1956) taxava a perspectiva de obter ressarcimento pecuniário com base no sofrimento físico ou moral de “extravagância do espírito humano”, Nessa mesma esteira trilhava Lacerda de Almeida (Obrigações, 1916). Partia a corrente contrária ao ressarcimento de premissa paralogica, uma vez que a reparação pecuniária, longe de ser uma pena, traduz antes a compensação insuficiente do dano causado. Evidentemente não pode falar em substituição da dor, do sofrimento pela perda de um ente querido, de uma injúria, por pecúnia. não há como pagar as coisas do espírito mediante o preenchimento de um cheque. Paoli (II reato, il risarcimento, la riparazione, Bolonha, 1925, negava o prejuízo meramente espiritual; Francesco Carnelutti (Il danno e il reato, Pádua, 1930) pregava que o direito não se insurge

contra toda e qualquer lesão de interesse. Para Gabba (apud Aguiar Dias, ob. cit. p. 775) a idéia de dano estaria subordinada a um efeito penoso durável e que a ofensa ao decoro ou à liberdade ou às dores morais são fenômenos de efeitos passageiros. Chironi, G.P. *La Colpa nel diritto civile odierno*, Turim, 1903, apud Aguiar Dias (ob. cit. p. 775) selava o ressarcimento do dano moral com o defeito de não se poder estabelecer se existe e em que consiste o direito violado. Teresa Ancona Lopes Magalhães (ob. cit. p. 11) cita como os mais acirrados negativistas Gabba, Baudry Lamantinerie e Barde, Chironi, Lomonaco e constata que a maioria das objeções foram formuladas por Gabba. E entre os defensores da reparação do dano moral podem ser citados Minozzi, Montel, Pacchioni, Cunha Gonçalves, Mazeaud et Mazeaud, Fischer e Ripert. Na doutrina pátria são defensores Clóvis Beviláqua, Espínola, Aguiar Dias e Silvio Rodrigues. Engrossavam essa fileira Pedro Lessa. Orozimbo Nonato, Filadelso Azevedo., Lino Leme, Martinho Garces Neto, M.I. Carvalho de Mendonça, João Luiz Alves Bento de Faria, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro. Agostinho Alvim (*Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, Editora Jurídica e Universitária Ltda., Rio, 1965, p. 228) entende que em face do nosso direito constituído, não haveria lugar à ressarcibilidade. Deixa claro, todavia, que o ressarcimento dos danos morais não o repugna, desde que previsto em lei.

8. DO EQUÍVOCO: SUBSTITUIÇÃO DA DOR (SOFRIMENTO FÍSICO OU MORAL) POR PECÚNIA

À evidência não se pode conceber a reparação do sofrimento (físico ou moral) por dinheiro. As coisas da mente e do espírito não desaparecem com essa facilidade. E muitas vezes jamais desaparecem. O insigne Pedro Lessa (ef. Aguiar Dias, cit. p. 778) mostrou, em mais de uma ocasião, “que o fato da inconversibilidade do dano moral em moeda, por falta de denominador econômico para direito violado, não podia ter por efeito deixá-lo sem reparação. De fato, não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. A condenação do responsável visa

apenas resguardar, decerto imperfeitamente, mas pela única forma possível, o direito lesado (Ac. do STF, de 28, 08, 1919, Revista de Direito, vol. 61/90). Lacoste (in Sirey, 1897, parte II, p. 26, cf. Aguiar Dias) demonstrava visão privilegiada sobre o tema ao prelecionar que “É preciso não estabelecer, porém, assimilação dessa indenização com a pena, porque o dano moral, e principalmente o de fundo afetivo, é de ordem mais elevada que a reparação pecuniária, longe de ser uma pena, é antes compensação insuficiente do dano causado. Em lugar de dizer, como é comum, que o juiz impõe uma punição, seria mais verdadeiro dizer que é incapaz de indenizar plenamente a pessoa”.

9. DO DANO MORAL E O CRITÉRIO REGRESSIVO

As dores da alma afetam o psiquismo (psiquialgia: dor de origem mental, sofrimento do espírito). Daí resulta a total impossibilidade de medir-se a sensação de dor física ou psíquica em dinheiro. Não há também falar em refazimento do patrimônio material, salvo quando o dano moral levado a efeito lançou reflexos negativos no patrimônio material, salvo quando o dano moral levado a efeito lançou reflexos negativos no patrimônio material (v.g. abalo de critério de uma empresa, abalo da credibilidade de determinado autor ou de determinada obra). Mas nesse caso o ressarcimento é material, podendo em certas ocasiões somar-se ao dano moral, posto que o ato ou fato poderá lançar reflexos negativos em ambas as direções. Amilcar de Castro, relatando acórdão no Tribunal de Apelação de Minas, Ac. De 19.10.42, Jurisprudência so Tribunal de Apelação, Imprensa Nacional, V 13/249, apud. Aguiar Dias, ob. cit. p. 779), relaciona a reparação do dano moral com o critério regressivo. Explica que “a reparação poderá ser feita de duas formas: restituição das coisas ao estado anterior; ou reparação natural e reparação pecuniária, cabível quando estado anterior; ou reparação natural e reparação pecuniária, cabível quando ocorre, de qualquer forma, impossibilidade de reintegração do estado anterior. Essa impossibilidade tanto pode ocorrer pela incapacidade do homem para a “restitutio” como pelo desaparecimento irremediável das

condições de existência da situação anterior. Com o ressarcimento do dano moral não se pretende refazer o patrimônio, que permanece íntegro, mas dá à pessoa lesada uma satisfação, que lhe é devida pela sensação dolorosa que sofreu”.

10. DA POSSIBILIDADE DE VALORIZAÇÃO DA DOR MORAL

Nunca existirá a perfeita correspondência entre o dano moral e o ressarcimento. E essa mesma dificuldade vamos encontrar com o ressarcimento do dano material. E isso é facilmente verificável pelo “fato de que ninguém, de mentalidade normal, aceitaria sofrer novamente o dano físico, em troca da compensação que lhe aceitaria sofrer novamente o dano físico, em troca da compensação que lhe tenha sido outorgada, ainda que a indenização haja compreendido o sofrimento moral, apesar de ter considerado satisfatório o ressarcimento porventura recebido. Se assim acontece com o dano patrimonial, não se pode conceber por que só em relação ao dano moral há de haver essa perfeita equivalência, exatamente para negar o ressarcimento. A condição da impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo. Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas”(Minozzi, apud. Aguiar Dias). Zulmira Pires de Lima (in *Algumas considerações sobre a reparação civil dos danos morais*, na *Revista da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1940), com suporte em Montel, diz, com evidente acerto, que a objeção se prende a simples dificuldade de ordem prática, que não pode ser influenciada na decisão do problema em geral.

A valorização indenizatória do dano moral há que buscar parâmetro na razoabilidade. Buscará alento em fatores objetivos, que envolvam a pessoa. A calúnia ou a difamação irrogada a um cientista, a um autor de renome, a um artista consagrado causará mais estragos do que ao homem comum. É que além da dor (sofrimento do espírito) também causará seqüelas ao seu

patrimônio. Obviamente não se poderá medir a dor considerando o “Status “da pessoa ofendida. Mas, para determinar o valor da indenização em dinheiro, levar-se-á em conta a situação patrimonial do ofensor e certas peculiaridades que acercam o ofendido, v.g. a sua posição no âmbito social.

II. DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Dispõe o inciso X do art. 5º da Constituição que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Lembra Celso Ribeiro Bastos (Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1989, V. 2º/62) que no direito brasileiro “não havia uma proteção expressa da imagem antes deste Texto Constitucional, o que não impedia entretanto que esse direito já forcejasse por ser reconhecido”.

Tem-se pela Nova Carta Política a inclusão de obrigação indenizatória também para o dano moral, face a violabilidade *da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas*. Com o advento da nova Constituição (incs. V e X, art. 5º) restou notória a obrigação indenizatória em função da presença do dano moral bem como a possibilidade de cumulação com o dano patrimonial. Nesse sentido a interpretação cristalizada na Súmula 37, do Superior Tribunal de Justiça: *São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*. Tereza Ancona Lopes Magalhães ob. cit. p. 15), com alento em Silvio Rodrigues, lembra que no capítulo das obrigações resultantes de atos ilícitos, entre as diversas espécies de prejuízos aí enumerados, há alguns danos de caráter moral. Como exemplo, cita o art. 1.543, caso do esbulhador que, não podendo devolver a coisa esbulhada, fica obrigado a pagar não apenas o preço ordinário da coisa perdida como também seu valor de afeição; o art. 1.547, § único reza no caso de injúria ou calúnia que, se a vítima não puder provar o prejuízo material de injúria ou calúnia que, se a vítima não puder provar o prejuízo material, terá, da mesma forma, direito a receber um “quantum” de seu ofensor; art.

1.548 (mulher agravada em sua honra); art. 1.549 (violência sexual ou ultraje ao pudor); art. 1.538, §§ 1º e 2º que trata do dano estético, e que, se refere também ao dano moral. A admissão do dano moral no caso de homicídio (art. 1.537) não é pacífica nem na doutrina nem na jurisprudência, apesar de julgados recentes aceitarem tal espécie de prejuízo. Para Clóvis Beviláqua (Código Civil Comentado), o art. 76 do CC autoriza ação fundada no interesse moral. Esta seria a regra geral de reparação do dano moral.

12. DO DANO MORAL PURO E O DANO MORAL REFLEXO

Há distinguir entre o dano moral puro e o dano moral reflexo. O dano moral puro se esgota no âmbito da própria personalidade, enquanto que o reflexo extrapola a esse âmbito indo ombrear-se com o próprio dano patrimonial.

Lembra Araken de Assis (Indenização do dano moral, publicado no jornal “Síntese”, maio/ junho/ 97, p. 03.05) que, “em tema de dano moral, é preciso ter em vista, inicialmente, que ele é puro ou reflexo. Esta distinção corresponde, grosso modo, àquela entre prejuízo direto e indireto. Com efeito, dano moral puro é aquele que se esgota na lesão à personalidade. É o caso, por exemplo, do uso da imagem de alguém, expondo-a ao ridículo. Mas há, em alguns casos, dano reflexo, resultante da interpolação do ilícito no patrimônio, como é o caso, no exemplo de Carlos Alberto Bittar, a perda de clientela, em razão do atentado à imagem. Nesse último caso, cuidar-se-á de dano patrimonial, não de dano extrapatrimonial”.

13. DA PROVA DO DANO MORAL PURO

Em atingindo o dano material bens incorpóreos, v.g. a imagem, a honra, a privacidade, a prova do dano se torna muito difícil à medida em que se busca suporte objetivo para o dano moral puro ou direto. A prova em tais casos contentar-se-á com a existência

do próprio ilícito. Ninguém poderá negar que a morte de um filho, ainda que de poucos meses, trará sensação dolorosa e de angústia para os pais. A existência do ilícito já se traduz por si só em suporte para a busca indenizatória do dano moral. Resulta daí a desnecessidade de a vítima provar a existência ou não da lesão. É que a lesão em casos tais apresenta-se de forma abstrata, muito embora possa projetar-se objetivamente em forma de sofrimento, de tristeza, de angústia, de inconformismo ou até mesmo em forma de rancor ou ódio.

14. DA PROVA DO DANO MORAL REFLEXO OU INDIRETO

O dano moral reflexo, como vimos antes, extrapola o âmbito meramente moral indo encontrar alento no próprio dano patrimonial. No dano moral puro, os reflexos se circunscrevem ao seu âmbito, v.g. morte por culpa de outrem de um filho de 3 anos de idade. No dano moral reflexo, ao sentimento de dor se soma o prejuízo patrimonial. Vale aqui o exemplo dado por Carlos Alberto Bittar (perda de clientela em razão do atentado à imagem). A perda da clientela dá suporte ao dano patrimonial e o atentado à imagem dá suporte à indenização por dano moral. Cite-se, ainda, o exemplo da morte de filho de arrimo de família. O dano patrimonial e o dano moral estão intimamente ligados e se somam. A prova do dano reflexo deverá ser objetivamente demonstrada.

15. DO DANO ESTÉTICO

O dano estético se traduz em espécie do gênero dano moral. É toda e qualquer modificação física que traduza seqüela ou, não traduzindo seqüela, possa expor o indivíduo a um estado psíquico de intranquilidade e de inconformismo podendo gerar complexo de inferioridade. Para Wilson Melo da Silva (O Dano Estético, RF 194/23, 1961) na esfera civil, não é apenas o aleijão, mas também as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos

ainda que mínimos que podem implicar, sob qualquer aspecto, num “afeamento” da vítima ou que pudessem vir a se constituir para ela numa simples lesão “desgostante” ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos.

Ao contrário do dano moral puro, o dano estético é facilmente provado em sua existência uma vez que atinge diretamente o corpo físico. Daí uma outra peculiaridade qual seja a de ser permanente. Em não sendo permanente a lesão, mas recuperável através de cirurgia, o dano se converterá em apenas patrimonial. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal há mais de trinta anos: Ac. Unân. de 26.10.66, Rel. Min. Victor Nunes Leal (RTJ 39/320): “...ponderei, apoiado pelos eminentes colegas, que o dano estético se vai convertendo, progressivamente, em dano patrimonial, pelos progressos da cirurgia restauradora e da clínica de recuperação”, apud. Teresa Ancona Lopes Magalhães (ob. cit. p. 19/20).

16. DO ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO

O dano moral puro, excepcionados casos em que a lei especialmente cuidou do assunto (v.g. Lei nº 5.250/67, Lei de Imprensa, arts. 51, 52); art. 1.547, parágrafo único do CC que estipula indenização por injúria ou calúnia), terá a indenização levantada através de arbitramento (art. 1.553 CC).

O arbitramento para aferir em pecúnia a lesão do dano moral deverá fazer âncora na razoabilidade, levando-se em conta fatores outros tais como as seqüelas psíquicas impostas à vítima, bem assim a posse patrimonial do agressor. Temos na doutrina que “a vítima de uma lesão a alguns daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva” Caio

Mário da Silva Pereira (Instituições, Ed. Forense, Rio, 1.972, vol. II, nº 176).

17. DOS PARÂMETROS

A realidade atual determinada a tomada de posição liberta de preconceitos. A impossibilidade de “medir” a dor ou a sensação psíquica de angústia, ou de tristeza em sede de dano moral puro, não mais pode servir de desculpas. Pior do que compensar a dor moral com pecúnia é deixá-la ao desamparo incentivando a agressão moral. Já restou suficientemente provado que o ser humano, em sua grande maioria, direciona os seus atos em função do dinheiro. A inadimplência diminui quando os encargos pela impontualidade são pesados, o motorista reduz a velocidade quando as multas pesam em seu orçamento, etc. Disso resulta que não mais encontram lugar no mundo atual as condenações simplesmente pedagógicas, em valores inexpressiva que, em última análise, resultariam em mais uma ofensa moral ao ofendido, posto que diante de tais condenações era inevitável a conclusão de que o seu sofrimento, a sua angústia, a sua tristeza pelo ato do agressor nada valiam ou valiam quase nada. É certo que não se pode medir a dor em valor pecuniário pela perda de um filho querido. Mas esse óbice não pode traduzir empecilho à indenização. O julgador, frente ao problema, buscará situar-se entre elementos objetivos, tais como a situação econômica e financeira do agressor. À evidência nunca se conseguirá correspondência entre a agressão produzida e a condenação em dinheiro, mas o juiz utilizar-se-á da equidade, buscará alento nas regras ditadas pelos costumes, na analogia, nos princípios gerais de direito, de modo que a condenação funcione como um redutor para as investidas do agressor e que atenda às expectativas do ofendido. Tem-se, ademais, que a própria Constituição impõe o pagamento de “indenização” e a busca do “quantum” estará posta ao duto arbítrio do julgador, posto que o sistema a ser utilizado é o aberto e não o tarifário.

18. DO DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO

O tema ganhou vôo de pássaro grande com advento da Constituição de 1.988 (art. 5º, inciso V e X). Até então a doutrina e a jurisprudência no direito comum eram relutantes, dividindo-se em três vertentes (vide item 5). Em sede trabalhista, jamais se cogitou de indenização por danos morais, muito embora o tema estivesse registrado no art. 482, incisos “j” e “k”(ato lesivo da honra e da boa fama) que nada mais é do que o próprio “dano moral”. O tema, portanto, ao contrário do que se poderia imaginar, não era alheio ao direito obreiro e precedeu à Constituição de 1988.

19. DO RELACIONAMENTO ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR

Os bens subjetivos inerentes ao ser humano são, entre outros, o amor próprio, a reputação, a honra, o decoro, a dignidade, a liberdade, a intimidade, os sentimentos afetivos, a boa fama, bens esses que poderão ser afetados por qualquer um dos contratantes durante o período contratual ou até mesmo depois de terminado o contrato. O relacionamento entre empregado e empregador deverá ter lugar em ambiente de respeito mútuo podendo o comportamento de um ou de outro resvalar para o campo moral, dando ensejo ao ressarcimento por dano moral. É evidente que o fato de existir um contrato de trabalho não significa um salvo-conduto para o desrespeito de tais direitos, tendo como consequência a rescisão (direta ou indireta) pelo empregador ou pelo empregado.

20. DAS CONSEQUÊNCIAS DO DANO MORAL EM SEDE TRABALHISTA

Cuida a CLT (art. 482, letras j e k) do *ato lesivo da honra ou da boa fama*, praticado no serviço contra qualquer pessoa j) e bem assim contra o empregador e superiores hierárquicos (k). A

consequência em ambos os casos seria a dispensa por justa causa, o que liberaria o empregador do pagamento dos consectários ditos rescisórios. Resulta que a alegação de *atos lesivos da honra e da boa fama*, não provada, redundará no pagamento de verbas rescisórias como espécie de punição ao empregador.

Mas é evidente que tais atos, quer partam do empregador, quer partam do empregado, poderão ser de tamanha intensidade que ultrapassem o âmbito restrito do contrato de trabalho e se projetem externamente com consequências imensuráveis. É o caso, v.g. do empregador que dispensa o empregado acusado de “ímprobo” (furto, roubo, apropriação indébita, etc.) ou faça afirmações contra a honra ou a boa fama do trabalhador que acabe por influenciar a sua vida familiar, profissional e social. Ou do empregado que solte boatos negativos sobre a situação econômica e financeira da empresa, ou que firam a honra ou a boa fama dos seus administradores. E em dependendo da posição que o empregado ocupe na empresa, tais atos poderão, além da ofensa moral, que desaguaria no dano moral puro (extrapatrimonial), lançar reflexos patrimoniais, como a perda da clientela, de crédito, etc.

21. DO ÂMBITO RESTRITO DAS CONSEQÜÊNCIAS EM SEDE TRABALHISTA

Como bem disse o Professor Hugo Gueiros Bernardes (II Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho – *O Dano Moral e a Justiça do Trabalho*, pp. 67/77) “a indenização por danos morais, se não é totalmente estranha ao Direito do Trabalho também não está absolvida na indenização por tempo de serviço nem no FGTS, nem muito menos no aviso prévio e demais verbas rescisórias (habitualmente férias e décimo-terceiro salário proporcionais).”

Lembra mais que a indenização por dano está incluído art. 462, § 1º, CLT e que a compensação do valor do dano na indenização por tempo de serviço está agora limitada a 40% do FGTS. E conclui: “... a indenização do empregado ao empregador, em razão do emprego, está regulada em normas trabalhistas. A indenização

do empregador ao empregado, em razão do emprego, também está regulada através da CLT e da Constituição, mas, a toda evidência, essa indenização vem sendo presumida como prefixação de perdas e danos materiais. O mesmo não se pode dizer da prefixação de danos morais, embora a mesma Constituição de 1.988 que prefixou a indenização por danos morais, sem excluir a relação de emprego.”

Das lições do Eminentíssimo mestre deve-se concluir que a legislação trabalhista, restrita sobre o tema, não embutiu possíveis danos morais nas indenizações previstas, não valendo argumento de que o ato agressor teria sido cometido durante o contrato de trabalho e, portanto, estaria à calva de qualquer proteção face ao Direito comum. Mesmo porque o ato agressor poderá marcar presença fora do contrato de trabalho, mas com reflexos “ad futurum” do contrato extinto, v.g. o empregador alega que, embora tenha pago todos os consectários como se a dispensa fosse injusta, o empregado dispensado teria cometido ato de “improbidade”. Poderá o ex-empregado soltar boato de que teria deixado a empresa porque ela está prestes a quebrar. A conclusão possível, portanto, é de que a indenização trabalhista não engloba ofensas morais que levariam ao dano moral (puro ou reflexo).

22. DO ÂMBITO ESTREITO PARA O COMETIMENTO DO DANO MORAL EM SEDE TRABALHISTA

Há que se ter muito cuidado para não se conceber o “dano moral” em tudo aquilo que o empregador alegar e não provar, pena de se transformar o ambiente de trabalho em lugar de desconfianças mútuas, com desmerecimento do poder de comando do empregador. Nessa esteira poder-se-ia considerar dano moral uma advertência ou suspensão confirmada pela Justiça e, com maior razão, uma dispensa imotivada. Isso não significa que o empregador não deva reger os seus atos com o devido cuidado no uso do seu poder de comando. O que queremos dizer é que o excesso é sempre mau conselheiro. A razoabilidade deverá estar presente na análise de tais atos. O “jus postulandi” é discricionário

e não arbitrário. Deve-se centrar a discussão, evitando-se os extremos.

23. DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU POR FATO DE OUTREM

Temos para nós que também afastada estaria a responsabilidade objetiva que obrigaria ao empregador ressarcir danos morais causados por terceiros. Embora dever do empregador a manutenção de ambiente sadio e seguro, a desatenção a tais exigências poderá dar azo à rescisão indireta. Como bem lembra o Professor Hugo Gueiros Bernardes (cit) “o dano moral por fato de outrem, mesmo em razão do emprego, não se ajusta a essa transmissão de responsabilidade sem norma expressa, seja porque seria necessária a presunção de culpa ou a responsabilidade objetiva e a Constituição nada específica a esse respeito.

24. DAS JUSTAS CAUSAS QUE PODERÃO DESAGUAR NO DANO MORAL

Temos para nós que algumas das hipóteses capituladas no art. 482 da CLT como ensejadoras da dispensa por justa causa poderão também dar ensejo ao dano moral. É o caso da letra *a*, *improbidade*. É bem de ver que se cuida de hipótese por demais ampla, posto que nem todo ato desonesto desaguará na improbidade, podendo mesmo ser capitulado em outra justa causa. A incontinência de conduta “*b*” que se traduz no desregramento de conduta ligada à vida sexual, direta ou indiretamente; práticas de obscenidades, libidinagem, exibições eróticas, masturbações, etc.; exibições de fotografias ou desenhos pornográficos, gestos obscenos; exibições com meretrizes, etc. (cf. Giglio). A pecha de embriaguez habitual (*f*); atos lesivos da honra e da boa fama (letras *j* e *k*); prática constante de jogos de azar (*l*). Todas essas justas causas elencadas poderão trazer sérios aborrecimentos ao trabalhador na sua vida funcional e na sua vida familiar e social. E

esses reflexos poderão extrapolar do âmbito patrimonial (dano moral reflexo) ; o que permitirá a acumulação do dano moral com dano patrimonial.

25. DO DANO MORAL COMETIDO PELO EMPREGADO

Percebe-se claramente uma preocupação de tantos quantos do assunto se preocuparam em relação ao hipossuficiente. E isso de alguma forma vem direcionado pelo poder de comando dado ao empregador, com maiores possibilidades de ser tentado ao cometimento de arbítrio. Isso não significa, entretanto, que o dano moral não possa dar-se tendo como agressor o próprio empregado, v.g. empregado que faz acusações ao proprietário de firma individual, provocando dano ao seu conceito pessoal e comercial.

26. QUEM PODE SER VÍTIMA E AGRESSOR EM DANO MORAL

Ainda hoje surge a dúvida se uma pessoa jurídica poderá produzir ato agressor ou mesmo ser vítima de dano moral. A primeira objeção que se faz é que a empresa não poderia, enquanto pessoa jurídica, ser agente de dano moral, uma vez que nada pratica, mas sim os seus agentes. Situação ainda mais difícil seria considerar que uma empresa ou instituição pudesse ser objeto de dano moral. Carlos Alberto Bittar (Reparação por Danos Morais, RT. 2º Ed., p. 167) – sustenta que a pessoa jurídica poderá ser sujeito passivo de dano moral e cita como exemplo um sodalício cultural que, uma vez difamado como instituição, pode sofrer prejuízo em seu renome, ou seja, um dano moral, tão reparável como aquele lesivo da pessoa natural. Os agentes da agressão tanto podem ser pessoas físicas ou jurídicas, merecendo especial menção as empresas concorrentes, que se valem de meios escusos para garantir maior penetração no mercado consumidor.

O dano moral puro se dá em sede de bens incorpóreos, a exemplo do que poderá ocorrer com a imagem, com a auto-

estima, com a honra, com a privacidade, conduzindo a uma sensação de dor, de angústia, de perda. Consiste, nas lições de Aguiar Dias, “na penosa sensação da ofensa, da humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito da lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação tomada pelas pessoas que o defrontam (ob. cit. p. 783, v. 2º).

Claro está que a pessoa jurídica não poderá ser objeto de ofensa moral pura, posto que não teria como medir-se indenização pelos reflexos psíquicos sensoriais. E se o dano moral apresenta reflexos patrimoniais, não será mais dano moral, mas dano patrimonial. Por outro lado, por via reflexa, poderá ser agente de dano moral puro. Vale dizer que o dano moral puro poderá ser cometido pelo sócio da empresa, pelos gerentes, enquanto administrador e como representante da pessoa jurídica. Os atos cometidos vinculam a própria pessoa jurídica. A pessoa jurídica fala pela boca dos seus sócios ou agentes. Se o empregado “A” foi dispensado pela empresa “Y” “sob a pecha de ladrão, descobrindo-se posteriormente que a imputação era falsa, o empregador, que é a empresa, cometeu por via reflexa o dano moral e por ele responderá.

27. DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL COMETIDO DURANTE O CONTRATO DE TRABALHO

O dano moral cometido durante o período contratual, com perda do emprego (vide situações constantes do item 24), reveste-se de situação peculiar, uma vez que além da ofensa em si mesma dever-se-á levar em consideração os anos de trabalho o obreiro naquela empresa, a sua idade cronológica, as dificuldades de conseguir um novo emprego, a posição que ali ocupava (de confiança ou não) e o seu passado funcional. A busca de uma indenização justa e mais próxima da realidade está a determinar que se leve em conta todos esses fatores objetivos que de alguma forma faz parte do universo do trabalhador. As ofensas morais

assacadas devem ter um redutor eficiente, não se podendo ter a simploridade de achar que tais elementos objetivos já estariam cobertos pelo aviso prévio e pelo fundo de garantia por tempo de serviço. A ofensiva moral deve ser coibida e não incentivada.

27.1. DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O DANO MORAL

Com o advento da Constituição de 1.988, o tema dano moral ganhou novo alento (art. 5º, V, X), em particular na Justiça do Trabalho. O argumento mais comum é o de que, em se cuidando de ofensa moral assacada contra o empregado (ou contra o empregador) durante o contrato de trabalho, a competência virtual seria da Justiça do Trabalho, uma vez que presentes os atores sociais – empregado e empregador – e a ofensa teria se dado em função da existência de contrato de emprego. Essa vertente de entendimento oferece como suporte aos seus argumentos o fato de o art. 652 da CLT dar “competência material” à Justiça do Trabalho para, genericamente, apreciar “os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho”(inciso IV). Acrescentam que o art. 482, “K” da CLT assegura ao empregador a rescisão por atos lesivos à sua honra, enquanto o art. 483, “e” garante ao empregado a rescisão em casos de ofensa à sua honra e boa fama. Argumentam, por outro lado, que apenas aquelas ofensas morais desvinculadas ao contrato de trabalho escapariam à competência trabalhista. Existe uma outra corrente à qual me filio que não admite a competência da Justiça do Trabalho para o trato de danos morais.

A competência prevista no art. 114 da Constituição Federal não cuida da discussão sobre dano, restringindo-se à relação de emprego e, na forma da lei, outras controvérsias. E como bem diz o professor Hugo Gueiros Bernardes (cit.) “o art. 114 da Constituição não trata nem de dano material nem de dano moral, mas de normas que regem a relação de emprego, daí não ser possível dele extrair competência diversa, até porque a competência expansiva ou a residual é a da Justiça Comum.

Por outro lado, por coerência mesmo de raciocínio a corrente adversa haveria de admitir também o dano material. É que o dano moral poderá firmar residência durante o contrato de trabalho (v.g. empregado dispensado sob alegação de que cometeu apropriação indébita) ou após rescindindo o contrato (v.g. o empregador alega que embora tenha dispensado sem justa causa, em verdade cuida-se de empregado ímprobo). Todavia, o dano material somente poderá ter lugar durante o expediente foi vitimado de morte pela queda de uma lage, por culpa exclusiva do empregador que não dava manutenção ao local. O dano material ocorreu em função de ser o ofendido empregado, durante o expediente e quando em vigor o contrato de trabalho. E a súmula nº 562 do STF admite a indenização e a súmula 229 admite a indenização além da infortunistica.

Ora, se a Justiça do Trabalho for competente para conceder indenização por danos morais, se-lo-á também para danos (princípio do paralelismo), uma vez que presentes os requisitos de empregado e empregador, já que a ofensa (sinistro) deu-se durante o contrato. O milagre há que ser feito por inteiro. À medida em que se discute a competência apenas para o dano moral enfraquece-se sobremaneira a argumentação.

Poderá ainda existir hipótese em que o dano moral se soma com o dano patrimonial, v.g. empregado de uma editora, autor de vários livros de sucesso, é dispensado sob a pecha de apropriação indébita não provada. A situação, além de constrangedora, trouxe-lhe prejuízos editoriais que deverão ser ressarcidos. Como ficaria: a Justiça do Trabalho somente teria competência para o dano moral e enviaria para a Justiça comum o dano material?

Temos para nós que a competência da Justiça do Trabalho está prevista no art. 114 da Constituição. O art. 652 da CLT, cuida da competência funcional da Juntas de Conciliação e Julgamento. E na interpretação do texto não se pode ir além daquilo que restou posto na Lex Major. De resto o inciso "IV" do art. 652 existe há mais de cinquenta anos e nunca ninguém ousou fazer afirmação. Por coerência, ainda, haver-se-ia de pugnar pela competência sobre acidentes do trabalho, uma vez que presentes os requisitos de empregado e empregador, contrato de trabalho, e o ato danoso

se perpetua durante o contrato. E ainda por amor à coerência haver-se-ia de trazer para o âmbito trabalhista todos os crimes contra a organização do trabalho, dotando-se a Justiça de jurisdição criminal .

Somos favoráveis a que toda discussão que envolva empregado e empregador em âmbito reflexo, quando já extinto o contrato de trabalho, sejam de competência da Justiça do Trabalho. Mas isso somente será possível através de lei.

27.2. DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Decidiu o Supremo Tribunal: “Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo ao seu serviço exclusivo e direto. À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa de solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato (STF – CJ 6959-6-DF – Pleno)”.

Diante desta decisão alguns autores convenceram-se da competência da Justiça do Trabalho também para o dano moral. Todavia, sem razão. O v. acórdão do STF cuida de matéria exclusivamente trabalhista, vez que a promessa de venda do apartamento se deu em função do contrato de trabalho e da transferência para Brasília, permanecendo aos serviços exclusivos e diretos do Banco por mais de cinco anos.

Temos para nós que poderá uma empresa, querendo manter em seus quadros durante determinado tempo excelente profissional, comprometer-se com ele a entregar um carro, um apartamento, ou qualquer outro benefício, mediante módica paga.

O importante é saber, não a origem do benefício em seu regramento jurídico, mas a origem do benefício entre as partes. Se

o benefício nasceu de tratativas empregatícias, não importa a sua origem civilista. Uma empresa poderá comprometer-se a transferir parte de suas ações ao empregado, decorridos dez anos sem o cometimento de faltas, fazendo-o sócio. Evidente que o benefício está intimamente ligado ao contrato de trabalho, não à sua origem comercial.

Suponha-se, ainda, que o empregador por ocasião da contratação comprometa-se com o empregado a mobiliar a sua casa quando vier a contrair matrimônio, com o objetivo de conservá-lo o maior tempo. Temos aqui matéria civil mas que foi concebida com nexo empregatício.

O furor competencial poderá levar a situações inusitadas: imagine-se a hipótese de empregado auxiliar de escritório de uma empresa que vende à empresa um automóvel que recebera de herança para pagamento em 180 dias. No vencimento a empresa não efetuou o pagamento. Tem-se no caso a presença de empregado e empregador, contrato de trabalho em vigor, tudo direcionamento para competência trabalhista. Todavia, o negócio efetuado não tem nexo de causalidade com o contrato de trabalho, portanto deverá ser resolvida na Justiça comum. Não importa se o benefício é proveniente do direito civil ou comercial, mas sim se tem nexo de causalidade com contrato de trabalho. Essa foi exatamente a questão posta pela Excelsa Corte (STF – CJ 6959- 6 DF – Ac. Sessão Plenária, Rel. Min. Sepúlveda Pertence 23.05. 1990. Ltr v. 59, nº 10, p. 1.370).

27.3. DA POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo sistematicamente pela competência da Justiça comum.

“Processual Civil – Conflito de competência – Fixação pela natureza da Causa Pretendi e do pedido. I – A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que a causa pretendi e o pedido demarcam a natureza da tutela jurisdicional, definindo-lhe a competência. II –

Conflito conhecido para declarar-lhe competente o Juízo Comum. suscitado. “(STJ, CC 3184, 1.992, Ministro Relator Waldemar Zveiter, in DJ 30.11. 92, pág. 22.549, doc 25).

“Processual Civil – Conflito de Competência – Ação ordinária de indenização por danos morais e materiais – I- Pedido indenizatório, por danos materiais e morais, resultante de lesão pela prática de ato ilícito, imputado a empregado, na constância de relação empregatícia, que culminou em sua dispensa por justa causa. Matéria que não se suspeita à Consolidação das Leis do Trabalho. II – A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que a causa petendi e o pedido demarcam a natureza da tutela jurisdicional pretendida, definindo-lhe a competência. III – Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo Comum, suscitado. “(STJ, CC 3.931, 1.992, Relator Ministro Waldemar Zveiter, in DJ 22.03.93, p. 4.501, doc. 26).

“É da competência da Justiça Comum o processo e julgamento da ação de indenização, inclusive por danos morais, que o antigo empregado move a quem lhe foi empregador. Unânime.”(STJ,CC 6.141, 1.993, Relator Ministro Fontes de Alencar, in DJ 07.03.94, pág. 3.612, doc. 27).

“COMPETÊNCIA. CONFLITO. Ação de indenização por danos morais e materiais movida por ex-empregados contra ex-empregador. Natureza jurídica da questão controvertida. Pedido e causa de pedir. Matéria afeta à competência da Justiça Estadual. I – A competência ratione materiae decorre da natureza jurídica da questão controvertida que, por sua vez é fixada pelo pedido e pela causa de pedir. II – Ação de indenização por perdas e danos morais e materiais ajuizada por ex-empregados contra ex-empregador, conquanto tenha remota ligação com a extinção do contrato de trabalho, não em natureza trabalhista, fundando-se nos princípios e normas concernentes à responsabilidade civil.”(STJ, CC 11.732,

1.994, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, in DJ 03.04.95, pág. 8.105, doc 28). “Conflito de competência. Trabalhista. Ação de Indenização de dano moral, promovida pelo empregado contra seu ex-empregador, é da competência do Juízo Comum.”(STJ, CC12.718, 1.995, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, in DJ 05.06.95, pág. 16.613, doc 29).

“Ação de Indenização intentada contra ex-empregador. Competência da Justiça Estadual a teor de precedentes do STJ: CC's 3.127, 3.403 e 11.732. Conflito conhecido e declarado competente o suscitado. “(STJ, CC 16.824, 1.996, Relator Ministro Nilson Naves, in DJ 09. 12. 96, pág. 49.200, doc. 30).